

Procedure di liquidazione

Le liquidazioni e le vendite nel Codice della crisi: caratteristiche e ragionevole durata delle procedure

di Luciano Panzani (*)

Nel codice della crisi è dato distinguere numerose *liquidazioni* che riguardano non soltanto la tradizionale attività di monetizzazione dell'attivo finalizzata al soddisfacimento dei creditori nell'ambito della liquidazione giudiziale, ma ipotesi di cessione a terzi di beni che trovano luogo anche nelle procedure di ristrutturazione, sia nel caso di continuità diretta che indiretta, e che possono riferirsi anche all'azienda nella sua interezza. L'A. individua i principi generali che regolano la materia, a partire dal principio di competitività e trasparenza nelle vendite, ed approfondisce il rapporto tra il parametro generale rappresentato dalle norme del codice relative alla liquidazione giudiziale, richiamato dall'art. 114 CCII per il concordato preventivo, e le altre fattispecie considerate dal legislatore nel concordato semplificato e nella composizione negoziata. Tratta infine il tema della durata della liquidazione che investe sia l'efficienza del procedimento nell'interesse di creditori e debitore sia il rispetto del principio della ragionevole durata del processo.

In the crisis code, it is possible to distinguish numerous "liquidations" that concern not only the traditional activity of monetizing assets aimed at satisfying creditors in the context of judicial liquidation but also the hypothesis of the transfer of assets to third parties which takes place in restructuring procedures. The last one refers both to the case of direct and indirect continuity and to the sale of the company as a whole. The Author identifies the general principles that govern the matter, starting from the principle of competitiveness and transparency in sales. Explores the relationship between the general parameters represented by the provisions of the code relating to judicial liquidation, referred to in art. 114 CCII for the composition with creditors, and the other cases considered by the legislator in the simplified composition with creditors and in the negotiated composition. Lastly, it deals with the issue of the duration of the liquidation which affects both the efficiency of the procedure in the interest of creditors and debtors and compliance with the principle of a reasonable duration of the process.

Introduzione

La disciplina della liquidazione nel codice della crisi ha un ambito assai vasto, che va ben oltre la procedura liquidatoria propriamente detta, la liquidazione giudiziale. Alla *liquidazione dell'attivo* in quest'ultima procedura il legislatore dedica una rilevante parte del capo IV del Titolo V, seguendo in questo l'approccio tradizionale della disciplina del fallimento. Ma la

disciplina delle *liquidazioni* ha portata più generale. Esse nel codice investono il complesso delle regole che disciplinano gli atti di disposizione dei beni del debitore sia nel caso in cui essi vengono eseguiti in forma atomistica sia con riguardo ad un complesso di beni organizzato in forma d'impresa, e quindi l'azienda o un ramo di azienda. Sovente tali norme si riferiscono alle procedure che il legislatore

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

definisce come strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 2, comma 1, lett. m-bis, CCII), in modo particolare quelle dirette al risanamento dell'impresa. L'ambito di riferimento di questa indagine non si limita peraltro alle sole procedure concorsuali propriamente dette, sia pur con riferimento all'ampia nozione di concorsualità oggi accolta da dottrina e giurisprudenza. Anche nell'ambito della composizione negoziata, infatti, il legislatore prevede regole in ordine alla possibilità di cessione dell'azienda (artt. 22-24 CCII).

Le liquidazioni di cui qui trattiamo hanno come presupposto implicito il superamento della tradizionale corrispondenza tra esecuzione individuale ed esecuzione concorsuale, entrambe originariamente dirette alla tutela del ceto creditorio e della *par condicio creditorum*. Prescindono infatti, in rilevante misura dall'obiettivo della soddisfazione coattiva e paritaria dei creditori (1).

La liquidazione è concettualmente compatibile con la prosecuzione dell'attività d'impresa. In questo senso si esprime l'art. 213, comma 4, del codice nell'affermare che il programma di liquidazione deve indicare gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, considerando espressamente l'esercizio dell'impresa del debitore (che a differenza della legge fallimentare l'art. 211 CCII non considera più ipotesi eccezionale) e l'affitto d'azienda (2). Ancora la liquidazione può riguardare alcuni cespiti soltanto, la cui conservazione può essere onerosa o irrilevante ai fini della continuazione dell'attività. In questo caso essa può avere una funzione analoga allo scioglimento dei contratti pendenti, consentito nel concordato preventivo e nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, quando la prosecuzione non è coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione (art. 97 CCII). Ma la liquidazione, intesa come alienazione del bene a fronte di un corrispettivo nell'ambito di un procedimento diretto alla tutela di diversi interessi, principalmente quello dei creditori, non è atto necessario neppure nella liquidazione giudiziale, perché ad essa il curatore può non far luogo quando appaia manifestamente non conveniente (art. 213, comma 2,

CCII). Ed il legislatore detta una presunzione di non convenienza che esime dalla prosecuzione dell'attività di liquidazione dopo sei esperimenti di vendita senza aggiudicazione.

Vedremo nelle pagine che seguono, e soprattutto si vedrà nei vari saggi che compongono questo numero monografico, che la disciplina delle liquidazioni è generalmente vincolata al rispetto di forme e procedimenti che sovente assumono le caratteristiche previste per le vendite nella liquidazione giudiziale dall'art. 216 CCII, richiamato nel concordato preventivo dall'art. 114 CCII, almeno quando il concordato consista nella cessione dei beni, formula la cui portata e significato richiede approfondimenti (3).

Si possono individuare principi di carattere generale cui sono improntate le attività di liquidazione. Anzitutto un principio di economicità, che consente la derelizione dei beni la cui liquidazione non sia conveniente, enunciato come si è visto dall'art. 213 per la liquidazione giudiziale, ma che può incontrare limiti di ordine pubblico con riferimento alla tutela dell'ambiente, espressamente enunciati dall'art. 87, comma 1, lett. f) del codice della crisi soltanto nell'ipotesi di continuità diretta (4). In secondo luogo un principio di competitività, che è sancito nell'art. 216, comma 2, e che si articola nel dovere di procedere previa stima, con adeguata pubblicità e con l'obiettivo del massimo realizzo.

Il principio di competitività non è assoluto. Lo stesso art. 216 pone dei vincoli legati alla necessità che la liquidazione avvenga in tempi brevi, prevedendo ad esempio per i beni immobili almeno tre esperimenti di vendita all'anno e la possibilità, dopo il terzo esperimento, di ribassare il prezzo fino alla metà.

Ritroviamo il principio di competitività anche nel concordato semplificato e nella composizione negoziata (art. 22 CCII), ed ancora nel concordato minore (art. 81, comma 1). Il legislatore non pone invece vincoli espressi per i piani attestati di risanamento e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, anche se gli atti di liquidazione dovranno essere indicati nel piano, come si evince dalla lettura complessiva degli artt. 56 e 57 CCII, che regolano il contenuto del piano medesimo. Ciò deriva dal fatto che il debitore

(1) Rinviamo sul punto a F. De Santis, *Relazioni normative ed interferenze pratiche tra le liquidazioni concorsuali e le esecuzioni*, in questo Fascicolo, 1261.

(2) Si vedano le considerazioni di A. Patti, *L'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale*, in questo Fascicolo, 1211. Sull'esercizio dell'impresa del debitore si veda M. Greggio, *L'esercizio provvisorio nella liquidazione giudiziale*, in questo Fascicolo, 1250.

(3) I principi dettati dall'art. 216 CCII sono richiamati anche dall'art. 275, comma 2, CCII in tema di liquidazione controllata, che dispone che si applicano le norme sulle vendite nella

liquidazione giudiziale in quanto compatibili. Sul tema *funditus* si veda R. Brogi, *Le liquidazioni nelle procedure di sovraindebitamento*, in questo Fascicolo, 1274.

(4) Sul tema, che vede un contrasto di giurisprudenza tra il giudice amministrativo, che ritiene che il curatore non possa abbandonare il bene anche quando la bonifica sia antieconomica per i creditori, e la giurisprudenza civile, che tiene invece conto della possibilità della *derelictio*, si veda M. Fabiani, *Tutela dei creditori vs. tutela dell'ambiente nella liquidazione giudiziale*, in *Dirittodellacrisi*, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

La liquidazione dei beni nel CCII

non è sottoposto a forme di spossessamento anche quando vi sia la nomina di un commissario giudiziale (art. 44, comma 1, lett. b, CCII). Va osservato a questo proposito che nel regolare l'esenzione da revocatoria il legislatore ha previsto che per il piano attestato essa non opera in caso di dolo o colpa grave del debitore, ma non ha stabilito vincoli legati al rispetto del principio di competitività nel compimento di atti di liquidazione (art. 166, comma 3, lett. d, CCII).

Dove invece vi è spossessamento, anche attenuato, il rispetto del principio di competitività comporta anche obblighi di forma, con vincoli procedurali più o meno rigidi (5).

Il rispetto del principio di competitività non è strettamente legato alla finalizzazione della procedura all'esclusivo interesse dei creditori. Questo è certamente l'interesse tutelato in via prevalente nella liquidazione giudiziale. Nel concordato preventivo l'art. 84 prevede che il soddisfacimento dei creditori debba essere assicurato in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, in conformità al principio stabilito dalla Direttiva *Insolvency* (Dir. UE 1023/2019, art. 10, par. 2, lett. d). Ancora l'art. 84, comma 2, CCII stabilisce che la continuità aziendale, anche indiretta e quindi legata al trasferimento definitivo o temporaneo dell'azienda in capo ad un soggetto terzo, preserva nella misura possibile i posti di lavoro (6). Sicuramente il concordato in continuità diretta, che è finalizzato alla conservazione dell'impresa, può prevedere la liquidazione di attività non strategiche anche al fine di consentire, con il ricavato, la ristrutturazione di quella parte dell'impresa che prosegue.

Un cenno a parte merita l'amministrazione straordinaria, che è sottratta alla disciplina del codice (art. 1, comma 2, lett. a, CCII) (7). In tale procedura, tanto nella Prodi bis che nel caso dei procedimenti regolati dalla legge Marzano, trovano applicazione gli artt. 62 e 63, L. n. 270/1999 (Legge Prodi bis) con la conseguenza che il realizzo dei beni è in funzione della

conservazione dell'impresa anche con sacrificio degli interessi dei creditori, con il vincolo che nella valutazione dell'azienda debba tenersi conto della redditività negativa all'epoca della stima e nel biennio successivo, in funzione dell'obbligo dell'acquirente di proseguire l'attività d'impresa per almeno un biennio, mantenendo i livelli occupazionali stabiliti nell'atto di vendita. A questo proposito l'art. 368 CCII ha modificato l'art. 47, L. n. 428/1990, introducendo anche per le imprese in amministrazione straordinaria vincoli più stringenti per il mantenimento dei posti di lavoro.

Quanto invece alle modalità con cui deve procedersi alla liquidazione dei beni il legislatore si è limitato a stabilire che debbano essere adottate forme adeguate alla natura dei beni e finalizzate al miglior realizzo, in conformità ai criteri generali stabiliti dal Ministero delle Imprese e del *Made in Italy* (MIMIT). Tali criteri non sono stati ancora emanati con atto formale, ma va registrato che nella prassi i principi adottati prevedono la massima trasparenza, la parità di trattamento di potenziali offerenti, l'omogeneità e la comparabilità delle offerte. In ogni caso l'alienazione deve essere autorizzata dal Ministero.

Le conseguenze della ridotta patrimonializzazione delle imprese

Storicamente l'esecuzione concorsuale rappresenta lo strumento per assicurare all'intero ceto creditorio il soddisfacimento dei propri crediti attraverso l'azione esecutiva collettiva sull'intero patrimonio del debitore, *ivi* compresi i beni futuri, in attuazione del principio di garanzia patrimoniale affermato dall'art. 2740 c.c.

Tale principio, tuttavia, si dimostra oggi assai meno efficiente che in passato.

La procedura concorsuale liquidatoria sconta la sempre maggior difficoltà di realizzo dell'attivo a fronte di imprese poco patrimonializzate ed in Italia generalmente di dimensioni modeste e sottocapitalizzate, dove il realizzo *piecemeal* degli asset sovente dà

(5) Nel concordato minore alle vendite e alle cessioni provvede il debitore, ma l'art. 81 CCII avverte che ciò deve avvenire per il tramite di procedure competitive, sotto il controllo e la collaborazione dell'OCC, sulla base di stime effettuate da parte di operatori esperti, con adeguate forme di pubblicità che assicurino la massima informazione e partecipazione degli interessati. Analoga disciplina è dettata dall'art. 71, comma 2, nella ristrutturazione dei debiti del consumatore.

In dottrina si è affermato che la verifica del rispetto di queste condizioni spetta al giudice sia nella fase di apertura della procedura sia in sede di pronuncia del decreto di purgazione ex artt. 71, comma 2, e 81, comma 2, CCII, che, in caso di mancato rispetto dei requisiti minimi, dovrà ritenere la nullità della procedura di

vendita. Cfr. R. Brogi, *Le liquidazioni nelle procedure di sovraindebitamento*, cit.

(6) L'art. 368 CCII ha modificato l'art. 47, L. n. 428/1990 in termini molto più restrittivi per quanto concerne le deroghe al principio di continuazione dei rapporti di lavoro con il cessionario dell'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. Ciò vale anche nel caso di liquidazione giudiziale, di concordato preventivo liquidatorio o l.c. a. anche nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata. R. Bellè, *Il trasferimento di azienda e i rapporti di lavoro*, in questo Fascicolo, 1221; di A. Patti, *L'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale*, cit.

(7) Sul tema ci limitiamo a qualche cenno riassuntivo, rinviando al saggio di G. Leogrande, *Le liquidazioni nelle a.s.*, in questo Fascicolo, 1292.

La liquidazione dei beni nel CCII

luogo a risultati insoddisfacenti per i creditori. Se si allarga lo sguardo alle procedure di ristrutturazione, si può notare che il legislatore si trova di fronte al medesimo problema: la liquidazione dei beni non è normalmente utile a garantire il soddisfacimento della massa creditoria.

Alla sempre minor patrimonializzazione delle imprese, che discende dall'esigenza di ridurre al massimo i vincoli finanziari legati alle proprietà immobiliari e al magazzino, si aggiungono poi i numerosi casi in cui le garanzie reali hanno ad oggetto beni, soprattutto immobili, di scarso valore intrinseco o di ridotta appetibilità sul mercato.

Lo sforzo del legislatore è quindi di favorire la cessione dell'impresa come organismo funzionante, che proprio per questa ragione conserva un maggior valore rispetto alla mera sommatoria delle sue componenti. Questa soluzione è agevolata dal contemporaneo abbattimento del debito che è favorito dalla soluzione concordataria e dalle altre procedure di ristrutturazione previste dal legislatore.

Di qui la scelta, già attuata nella vigenza della legge fallimentare e mantenuta nel codice, di considerare la cessione dell'impresa nel concordato preventivo come un'ipotesi di continuità indiretta (8).

La Direttiva *Insolvency* consente questa scelta, perché l'art. 2, par. 1, n. 1, Dir. UE 1023/2019) nella nozione di ristrutturazione comprende "la vendita dell'impresa

in regime di continuità aziendale" se previsto dal diritto nazionale, con la conseguenza che tra i quadri di ristrutturazione preventiva disciplinati dalla Direttiva rientrano anche quelle procedure e quelle misure che provvedono in questo senso (9). La disciplina della continuità indiretta nel concordato preventivo e nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, così come la cessione dei complessi aziendali nel caso dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ai sensi dell'art. 27, D.Lgs. n. 270/1999, è pertanto compatibile con le indicazioni del legislatore europeo (10).

Va peraltro avvertito che questa opzione non può far venir meno l'intrinseca natura liquidatoria della cessione d'azienda (11), perché l'impresa continua in capo ad un nuovo soggetto e ciò avviene pur sempre in ragione di un atto di trasferimento dell'azienda o di un suo ramo all'acquirente.

Parte della dottrina da tempo ha affermato che la liquidazione, anche al di fuori della specifica disciplina della liquidazione giudiziale, ma nell'ambito di una procedura concorsuale quale il concordato preventivo, costituisce un'ipotesi di vendita forzata suscettibile di essere regolata secondo i principi generali dettati dal legislatore per l'esecuzione individuale, così come adattati alle specifiche esigenze della disciplina concorsuale prima nel fallimento ed ora nella liquidazione giudiziale (12). Tale conclusione

(8) Si veda peraltro per l'affermazione che il piano in continuità indiretta deve necessariamente prevedere un'offerta che assicuri un prezzo di realizzo dato, perché il piano deve garantire la percentuale promessa ai creditori chirografari, con la conseguenza che in difetto di tale certezza si dovrebbe ricadere nel concordato liquidatorio, A. Guiotto, *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali*, in questo *Fascicolo*, 1201.

(9) Si veda anche il Considerando 49 della Direttiva che precisa che "...il valore di continuità aziendale è, di norma, superiore al valore di liquidazione, poiché si basa sull'ipotesi che l'impresa continua la sua attività con il minimo di perturbazioni, ha la fiducia dei creditori finanziari, degli azionisti e dei clienti, continua a generare reddito e limita l'impatto sui lavoratori".

(10) La disciplina degli atti di liquidazione nell'amministrazione straordinaria è trattata in questo fascicolo nel saggio di G. Leogrande, *Le liquidazioni nelle a.s.*, cit.

(11) L'attribuzione alla cessione d'azienda del carattere di atto in continuità d'impresa o liquidatorio assume caratteristiche del tutto peculiari con riferimento alla prosecuzione dei rapporti di lavoro. In proposito si deve far riferimento alla Dir. 2001/23/CE. Su tale disciplina, cui come si è accennato il legislatore ha ritenuto di dare più rigorosa attuazione modificando in senso restrittivo con l'art. 368 CCII l'art. 47, L. n. 428/1990, si veda R. Bellè, *Il trasferimento di azienda e i rapporti di lavoro*, cit.

(12) In questo senso si veda anche l'art. 25-septies CCII che per quanto riguarda la cessione di azienda nel concordato semplificato espressamente prevede che si applicano gli artt. 2919-2929 c.c. La questione è affrontata in modo specifico con articolati distinguo, in questo fascicolo monografico, con riferimento al concordato preventivo, da M. Fabiani, *La liquidazione dei beni nel concordato preventivo*, in questo *Fascicolo*, 1191. Si veda anche F. De Santis, *Relazioni normative ed interferenze pratiche*

tra le liquidazioni concorsuali e le esecuzioni individuali, cit. Su di essa cfr. A. Guiotto, *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali*, cit.

Sul tema cfr. anche L. Mandrioli, *Le vendite nel concordato preventivo*, in *Dirittodellacrisi*; M. Fabiani, *La "programmazione" della liquidazione del concordato preventivo da parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie*, in questa *Rivista*, 2012, 919 ss.; Id., *Concordato preventivo*, in *Comm. Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna, 2014, 79. In precedenza, preso atto della "privatizzazione" della fase liquidatoria delle procedure, aveva distinto tra forma negoziale, da un lato, e sostanza coattiva e forzata, dall'altro, dei trasferimenti tanto in campo fallimentare quanto in sede concordataria, M. Perrino, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, 683 s.

G. Bozza, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in questa *Rivista*, 2012, 783, aveva affermato che in ambito concordatario il ricorso a forme e tecniche negoziali non esclude affatto la produzione di effetti, quali quelli che discendono dagli artt. 2919 ss. c.c., tipici delle vendite poste in essere in un contesto di esecuzione forzata. Si veda G. Bozza, *Le vendite nella liquidazione giudiziale*, in questo *Fascicolo*, 1235.

Infine più in generale si era osservato che forme privatistiche sono compatibili con vendite pubblicistiche, come si poteva evincere dalle vendite a mezzo commissario già previste dagli artt. 532 ss. c.p.c. dove alle forme contrattuali seguivano gli effetti tipici dei trasferimenti forzati e dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria dove l'art. 64, D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, già prevedeva che la cancellazione delle iscrizioni relative a diritti di prelazione e delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi sui beni trasferiti fosse ordinata dal Ministero dell'Industria (oggi Ministero delle Imprese e del Made in Italy) con decreto nei

La liquidazione dei beni nel CCII

comprende anche le ipotesi di continuità indiretta ed i casi in cui il trasferimento avviene con mezzi negoziali. Consapevole della necessità di salvaguardare l'unità dell'azienda e la sua prosecuzione il legislatore ha affermato con chiarezza il principio per cui nella liquidazione giudiziale occorre guardare anzitutto alla possibilità di cessione dell'azienda o di suoi rami o di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco (art. 214 CCII). Soltanto quando ciò non sia possibile, eventualmente anche tramite conferimento in nuova società, si potrà procedere alla liquidazione dei singoli beni.

Anche l'affitto d'azienda è visto in questa prospettiva (13). Esso va disposto in quanto appaia utile ai fini della più proficua vendita.

Le modifiche del CCII alla liquidazione giudiziale

Ad un primo sommario esame la disciplina della vendita nella liquidazione giudiziale ha subito un ridotto numero di innovazioni rispetto alle disposizioni che erano state via via introdotte nella legge fallimentare. Tuttavia il contenuto innovativo c'è ed è rilevante, anche perché il legislatore ha tenuto presenti le importanti modifiche che erano state introdotte nella disciplina della vendita forzata nel codice di procedura civile.

La tendenza del legislatore, già nel vigore della legge fallimentare, era stata di estendere la disciplina propria della vendita nel fallimento, ora liquidazione giudiziale, alle procedure di ristrutturazione, prima di tutto nel concordato preventivo.

L'art. 105 l.fall. nel suo testo originario, prima della riforma del 2005-2006, faceva rinvio per le vendite di beni mobili ed immobili alle disposizioni del codice di rito in materia di esecuzione, nel limite della compatibilità. La riforma Vietti aveva affidato al curatore la gestione della fase liquidativa, svincolando la liquidazione dalla disciplina del codice di procedura. Era

rimessa al curatore l'individuazione degli strumenti più idonei alla migliore liquidazione dei beni ed alla massima soddisfazione dei creditori, nel rispetto del principio di competitività. Il decreto correttivo (D.Lgs. n. 169/2007) aveva segnato un passo indietro rispetto a quest'apertura, reintroducendo la possibilità di avvalersi delle modalità di vendita previste dal codice di rito e la figura del giudice come giudice della esecuzione concorsuale, alternativamente rispetto alle vendite competitive di cui all'art. 107, comma 1, l.fall. Il secondo comma della norma riconosceva al curatore la facoltà di prevedere nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati venissero effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili. Con il D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132 si erano poi introdotte in sede concorsuale le disposizioni del codice di rito in tema di pubblicità (art. 490, comma 1, c.p.c.) e di versamento rateale del prezzo (artt. 569, comma 3, terzo periodo, 574, comma 1, secondo periodo, e 587, comma 1, secondo periodo, c.p.c.) (14).

Il modello dell'esecuzione forzata individuale era visto come più garantista, rispettoso del principio di competitività e di trasparenza. Le rigidità e le inefficienze dell'esecuzione individuale si ripercuotevano tuttavia sulle vendite in ambito fallimentare e, più in generale, concorsuale, perché alla disciplina del fallimento rinviava l'art. 182 l.fall. in tema di concordato con cessione dei beni.

Sono seguite le riforme della disciplina dell'esecuzione individuale, improntate ad un recupero di efficienza attraverso l'istituzione del portale delle vendite pubbliche, l'introduzione della vendita telematica e le altre ben note modifiche.

Rispetto alla prima versione del codice della crisi, il testo dell'art. 216 CCII oggi in vigore afferma al secondo comma che le vendite e gli altri atti di

quindici giorni successivi al trasferimento. Oggi l'art. 217, comma 2, CCII per il caso che il curatore non si avvalga delle forme previste per l'esecuzione individuale dal codice di rito dispone che la cancellazione di iscrizioni e trascrizioni è disposta dal G.D. con proprio decreto.

Cfr. V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, 172; G. Bongiorno, voce *Espropriazione mobiliare presso il debitore*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, 85; C. Ferri, *La nullità delle vendite concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 443.

Con riferimento al diverso problema dell'applicabilità dei principi in tema di esecuzione individuale, nel caso in cui il curatore avesse optato per la vendita a forma libera ai sensi dell'art. 107, comma 1, l.fall., oggi art. 216, comma 2, CCII, cfr. Cass. Civ. 1° luglio 2022, n. 21009, e Cass. Civ. 1° luglio 2022, n. 21007, in questa *Rivista*, 2022, 1365, con nota di M. Montanari, *Vendite competitive e derogabilità dell'iter procedendi fissato nell'avviso di vendita: la*

Cassazione dice no. La Cassazione ha affermato che nel caso di ricorso a una procedura competitiva ai sensi dell'art. 107, comma 1, l.fall., la sottrazione del curatore alla rigorosa osservanza delle forme previste dal codice di rito civile non lo dispensa, al contempo, dal rispetto delle regole minime di correttezza e trasparenza consacrate nell'avviso di vendita, aventi la finalità di garantire non solo la più ampia partecipazione possibile alla competizione ma anche la massima informazione degli interessati nonché la tutela dell'affidamento di questi ultimi in ordine al regolare svolgimento della gara.

(13) Si veda A. Patti, *L'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale*, cit.

(14) In proposito Corte cost. 17 aprile 2019, n. 90, aveva affermato che "la normativa codicistica rappresenta pur sempre il modello generale, al quale anche la disciplina fallimentare in linea di massima si conforma".

liquidazione sono effettuati dal curatore o dal delegato alle vendite, in esecuzione del programma di liquidazione, tramite procedure competitive.

È confermata la possibilità che le vendite vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di rito in quanto compatibili. Scartata l'ipotesi, originariamente prevista, che tale scelta fosse rimessa al giudice delegato, il legislatore la riserva al comitato dei creditori in sede di approvazione del programma di liquidazione. Tuttavia ai sensi dell'art. 213, comma 7, CCII il programma è trasmesso al giudice delegato che ne autorizza la sottoposizione al comitato dei creditori per l'approvazione. Il giudice delegato, inoltre, autorizza i singoli atti liquidatori in quanto conformi al programma approvato. Non è dubbio quindi che le modalità di vendita rimangano sotto il saldo controllo del giudice (15), anche se il programma di liquidazione è redatto dal curatore ed è approvato dal comitato dei creditori.

Il principio cardine (16) che informa le vendite dei beni è enunciato dall'art. 216, comma 2, CCII anche in questa parte innovato dal D.Lgs. n. 83/2022, che afferma che le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore o dal delegato alle vendite tramite procedure competitive, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. Il principio generale in tema di vendita fa dunque riferimento a procedure competitive a forma libera, anche se poi l'art. 216 nei commi successivi rinvia a regole proprie delle procedure esecutive individuali (17). Il quarto comma dell'art. 216 prevede comunque che le vendite siano effettuate con modalità telematiche per il tramite del portale delle vendite pubbliche, salvo che tali modalità siano pregiudizievoli per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della

procedura. Anche la pubblicità e la richiesta dei potenziali offerenti di esaminare i beni in vendita passano per il tramite del portale.

Il recupero di efficienza delle vendite è affidato fondamentalmente all'adozione della vendita telematica e all'utilizzo del portale delle vendite pubbliche. Il legislatore è tuttavia consapevole della necessità di evitare ritardi ed appesantimenti. Su di ciò si tornerà trattando della durata delle procedure.

Le vendite nel concordato preventivo e nel P.R.O.

L'art. 114 CCII, che riprende in gran parte il vecchio art. 182 l.fall., stabilisce che se il concordato consiste nella cessione dei beni, il tribunale con la sentenza di omologazione nomina uno o più liquidatori e un comitato dei creditori e determina "le altre modalità della liquidazione". Rispetto al vecchio testo dell'art. 182 non è più previsto che la proposta di concordato possa prevedere diversamente. Inoltre la norma, come già l'art. 182 dopo le modifiche introdotte dal D.L. n. 83/2015, può essere interpretata come riferita non soltanto al concordato liquidatorio, ma a tutte le ipotesi in cui vi sia cessione dei beni (18). Il quarto comma, identico nel suo tenore letterale al quinto comma dell'art. 182 l.fall., afferma infatti che alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di esso, si applicano le disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale, in quanto compatibili. Ciò ha portato a ritenere che si tratti di principio di carattere generale e sia quindi applicabile a tutte le vendite eseguite dopo il deposito della domanda di concordato preventivo. La norma nella sua ampia portata comprende anche i casi in cui la cessione dei beni avviene prima dell'omologazione (19).

(15) Si veda G. Bozza, *Le vendite nella liquidazione giudiziale*, cit.; Id., *Il ruolo del giudice delegato nell'iter formativo del programma di liquidazione*, in *Dirittodellacrisi*.

(16) Le regole previste per la liquidazione giudiziale sono richiamate, come già si è accennato, anche per la liquidazione controllata dall'art. 275 CCII che prevede che il programma di liquidazione sia eseguito dal liquidatore e che si applichino le disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale, in quanto compatibili. Tale rinvio fa dell'art. 216, richiamato anche dall'art. 114 in tema di concordato preventivo, il parametro generale di riferimento per le modalità di esecuzione delle vendite e degli altri atti di liquidazione. Si veda per la liquidazione giudiziale R. Brogi, *Le liquidazioni nelle procedure di sovraindebitamento*, cit.

(17) Rinviamo a F. De Santis, *Relazioni normative ed interferenze pratiche tra le liquidazioni concorsuali e le esecuzioni individuali*, cit. che sottolinea che vendita deformalizzata non significa vendita priva di regole e che, anzi, la presenza di alcune regole "basiche" (ad esempio in tema di pubblicità della vendita e di

modalità di pervenimento dell'offerta di acquisto, alle quali si aggiunge la presentazione tramite il portale delle vendite pubbliche) comporta che i vantaggi in tema di accelerazione dei tempi sono relativi, a fronte di una diminuzione delle garanzie di competitività. La vendita nelle forme del codice di rito offre inoltre il vantaggio, secondo l'A., di consentire di avvalersi dello strumento del decreto di trasferimento a fronte dell'atto notarile richiesto nell'ipotesi di vendita deformalizzata e del successivo provvedimento di cancellazione delle formalità iscritte previsto dall'art. 217, comma 2, CCII.

(18) Si tratta di opinione diffusa. Rinviamo qui, a F. De Santis, *Relazioni normative ed interferenze pratiche tra le liquidazioni concorsuali e le esecuzioni individuali*, cit.

(19) Con riguardo all'interpretazione dell'art. 182 come novellato dal D.L. n. 83/2015 rinviamo a A. Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Trattato diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, Milano, 2016, 3762 ed *ivi* ulteriori riferimenti.

La liquidazione dei beni nel CCII

È tuttavia possibile una diversa lettura, di cui dà conto Massimo Fabiani in questo fascicolo monografico (20), fondata più che sulle analogie con la disciplina della legge fallimentare, sulla libertà di forme del concordato preventivo secondo la definizione che ne dà l'art. 84, comma 1, CCII. Tale lettura consente di distinguere tra liquidazione dei beni e cessione dei beni, limitata quest'ultima ai soli casi in cui al debitore è sottratta la titolarità o la disponibilità dei beni oggetto di liquidazione. Se è vero che l'art. 84, comma 8, sembra indicare che, quando il piano prevede *la liquidazione del patrimonio o la cessione dell'azienda*, il tribunale nomina un liquidatore, l'ampia formulazione del primo comma non obbligherebbe il tribunale a disporre in tal senso ogni volta che il piano contempla modalità liquidatorie, con la conseguenza che la cessione disciplinata dall'art. 114 non coprirebbe tutte le ipotesi di liquidazione. Si aprirebbe quindi un'ampia gamma di soluzioni liquidatorie non regolate dall'art. 114, che spaziano dalle attività liquidatorie nell'ambito del concordato in continuità (per le quali tuttavia si ritiene preferibile la nomina del liquidatore), al concordato liquidatorio in cui le vendite all'interno del concordato sono disposte dal debitore (21), al trasferimento ai creditori dei beni come comunione *pro indiviso*, argomentando dall'uso da parte del legislatore nel comma 4 dell'art. 84 dell'espressione *soddisfacimento* anziché *pagamento*. Ne deriva la conclusione che vi sarebbe concordato con cessione dei beni soltanto in caso di netta separazione del debitore dalla disponibilità dei beni. Esclusivamente in questo caso troverebbe applicazione lo schema disciplinato dall'art. 114 con la conseguente nomina del liquidatore.

La soluzione proposta merita approvazione. Va sottolineato a questo proposito che la disciplina prevista dall'art. 114 non può ritenersi onnicomprensiva ed appare in qualche misura angusta, ove si considerino le ipotesi di conferimento di parte delle attività in una *newco*, le cui azioni siano poi attribuite ai creditori, come prevede l'art. 87, comma 1, lett. d), CCII, ove ugualmente deve potersi realizzare l'effetto purgativo del trasferimento. Ed analoghi rilievi si

possono formulare nel caso del piano di gruppo o dei piani di gruppo reciprocamente collegati ed interferenti, secondo la formula prevista dall'art. 284 CCII per il concordato di gruppo (22).

Il lavoro interpretativo di dottrina (23) e giurisprudenza ci dirà in futuro in che misura il rinvio garantistico dell'art. 114 alla disciplina della vendita nella liquidazione giudiziale possa essere letto più liberamente che in passato, a fronte anche della necessità di assicurare il soddisfacimento dei creditori chirografari nel concordato liquidatorio almeno nella misura del 20%, oltre all'ulteriore apporto di risorse esterne. Rimane certamente fermo il principio di competitività, come vedremo più avanti trattando della composizione negoziata (24).

Anche nell'ambito del concordato preventivo l'art. 94 CCII detta regole particolari per l'alienazione, l'affitto d'azienda, di rami d'azienda e di specifici beni, se autorizzati con provvedimento del G.D., prima che si faccia luogo all'omologazione. In questo caso sono prescritte genericamente procedure competitive, previa stima e adeguata pubblicità, a conferma che la disciplina della liquidazione giudiziale non costituisce parametro inderogabile, ma che il principio di competitività deve essere rispettato.

È tuttavia da ritenere che a tanto si possa procedere in quanto l'atto non possa essere compiuto dopo l'omologazione. Ancora il tribunale, ai sensi dell'art. 94, comma 6, può autorizzare questi atti senza procedura competitiva e pubblicità, ma pur sempre previa stima, se può essere compromesso irrimediabilmente l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento. In questo caso la pubblicità deve riguardare il provvedimento autorizzatorio.

Va ancora sottolineato che l'art. 94 fa salve le previsioni dell'art. 46 per l'autorizzazione da parte del tribunale degli atti urgenti di straordinaria amministrazione, dopo la presentazione della domanda, anche ai sensi dell'art. 44 CCII, e da parte del G.D. dopo l'ammissione alla procedura.

Questo complesso di regole non si applica al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione perché non soltanto non sono richiamati né l'art. 94 né l'art. 114 CCII, ma perché il debitore è libero di

(20) M. Fabiani, *La liquidazione dei beni nel concordato preventivo*, cit., ed *ivi* ulteriori riferimenti.

(21) Come già prevede l'art. 81, comma 1, CCII per il concordato minore. Affida la liquidazione al debitore la Proposta di Direttiva UE approvata dalla Commissione il 7 dicembre 2022, nel procedimento liquidatorio semplificato per le microimprese. Su di esso, in questo Fascicolo, si veda A. Patti, *L'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale*, cit. Cfr. inoltre L. Panzani, *Osservazioni ragionate sulla*

proposta di una nuova direttiva di armonizzazione delle leggi sull'insolvenza, in *Dirittodellacrisi*, 2023, 9.

(22) Sulla disciplina di gruppo si veda M. Arato, *Liquidazioni concorsuali e gruppi di impresa*, in corso di pubblicazione in questa Rivista.

(23) Per una lettura parzialmente diversa cfr. A. Guiotto, *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali*, cit.

(24) Sul punto cfr. ancora M. Fabiani, *La liquidazione dei beni nel concordato preventivo*, cit.

compiere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, salvo l'obbligo di segnalazione dell'atto al commissario giudiziale che, se lo ritiene non coerente rispetto al piano o fonte di pregiudizio ai creditori, può riferire al tribunale che procede ai sensi dell'art. 106 CCII, revocando quindi l'ammissione del debitore alla procedura.

La lettura delle norme ora ricordate va fatta ricordando che il legislatore guarda con cautela, se non con sfavore, all'ipotesi che il piano preveda un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto già determinato, che quindi ha già raggiunto un accordo con il debitore. Si vuole in sostanza evitare che il previo accordo tra debitore e terzo possa andare a detrimento dei creditori, che possono essere pregiudicati da una cessione non concorrenziale. L'ipotesi riguarda la cessione di azienda, di ramo d'azienda o di specifici beni ed anche l'affitto d'azienda.

L'art. 91 CCII nel dettare la disciplina delle offerte concorrenti, prevede che dell'offerta sia data idonea pubblicità al fine di acquisire altre offerte. Perché si apra la procedura competitiva non occorrono, tuttavia, vere e proprie offerte, sono sufficienti semplici manifestazioni di interesse.

Allo stesso fine l'art. 84, comma 9, richiama l'art. 91, comma 1, CCII in ordine alla necessità di dare pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti quando il piano preveda l'offerta da parte di un soggetto determinato di affitto o acquisto dell'azienda anche prima dell'omologazione.

Il legislatore regola minuziosamente le caratteristiche che debbono avere le offerte, precisando che deve essere effettuata la pubblicità prevista dall'art. 490 c.p.c. sul portale delle vendite pubbliche. In caso di presentazione di più offerte si procede alla gara. Nel caso in cui sia vincitore un soggetto diverso dall'originario offerente, questi e il debitore sono liberati dagli impegni contrattualmente assunti. Il rimborso delle spese all'originario offerente è limitato.

Tuttavia nel caso in cui non vengano presentate altre offerte dopo che è stata indetta la gara, l'originario offerente rimane tenuto nei limiti dell'offerta originaria. Le condizioni della gara sono stabilite dal tribunale con suo decreto, il che può portare a regole diverse da quelle indicate dall'originario offerente nella proposta iniziale. Vi è dunque una disparità di trattamento in danno dell'originario offerente, che è vincolato e subisce una gara rispetto alla quale coloro

che hanno manifestato soltanto interesse a partecipare mantengono piena libertà.

Va sottolineato che, con scarsa coerenza, il legislatore richiama la disciplina delle offerte concorrenti anche nel caso del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, pur avendo derogato ampiamente a tutte le altre regole che disciplinano la vendita dei beni nell'ambito del concordato preventivo.

Concordato semplificato e composizione negoziata

È interessante confrontare le regole ora viste con quelle previste dal legislatore nell'ambito del concordato liquidatorio semplificato (25). Anche in questo caso la preoccupazione che ha ispirato i redattori del codice della crisi è di garantire la realizzazione del massimo risultato per i creditori, nell'ambito dei noti principi di trasparenza, previa stima e competitività. L'art. 25-septies CCII prevede che siano applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 114 CCII.

Ferma restando questa previsione di carattere generale, il legislatore ha ampiamente derogato all'istituto delle offerte concorrenti. Se infatti il piano prevede un'offerta da parte di un soggetto individuato, il liquidatore dà esecuzione una volta verificato che non vi sono offerte migliori sul mercato. È espressamente precisato che la vendita è regolata dagli artt. 2919-2929 c.c.

Se il piano prevede che il trasferimento possa avvenire prima dell'omologazione, provvede nello stesso modo l'ausiliario nominato dal tribunale, previa autorizzazione del tribunale stesso, verificato che non vi sono offerte migliori sul mercato.

È da ritenere che la verifica della mancanza di offerte migliori debba avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità, di parità di trattamento, di previa stima e di competitività. Si tratta infatti di principi generali che riguardano tutte le procedure concorsuali dove si proceda a liquidazione di beni. La deformalizzazione rispetto alla disciplina delle offerte concorrenti è strumento di efficienza in situazioni in cui è indispensabile procedere rapidamente per evitare l'ulteriore deprezzamento dell'azienda ed il venir meno dell'interesse dei potenziali offerenti.

A questo proposito va sottolineato che l'art. 22 CCII prevede che l'imprenditore che ha fatto accesso alla composizione negoziata possa essere autorizzato dal tribunale a trasferire in qualunque forma l'azienda o

(25) Sul concordato semplificato si vedano G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Dirittodellacrisi*, 9

novembre 2021; S. Leuzzi, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, *ivi*, 19 maggio 2023; G. Nardecchia, *L'omologazione dei concordati*, in questa *Rivista*, 2022, 1235.

La liquidazione dei beni nel CCII

uno dei suoi rami senza responsabilità per l'acquirente per i debiti pregressi, ai sensi dell'art. 2560, comma 2, c.c. e quindi con un sostanziale effetto purgativo, sia pur parziale, a condizione che sia stato rispettato il principio di competitività nella selezione dell'acquirente. Restano fermi gli obblighi previsti dall'art. 2112 c.c. relativamente ai rapporti di lavoro. In tale ipotesi il tribunale detta le disposizioni opportune a tutela degli interessi coinvolti e verifica il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente (26). La cautela del legislatore si spiega perché l'alienazione dell'azienda può ledere la garanzia patrimoniale dei creditori e sono quindi evidenti le affinità con le situazioni disciplinate dalle procedure concorsuali propriamente dette.

Tanto nella composizione negoziata che nel concordato semplificato pertanto, a differenza del più complesso sistema previsto dall'art. 91 CCII nel caso di offerte concorrenti nel concordato preventivo, il legislatore consente di dar corso alla vendita dell'azienda in presenza di un'offerta nel rispetto del principio di competitività. Va sottolineata l'evidente differenza tra i due casi: nella composizione negoziata l'imprenditore è *in bonis* e pertanto può cedere l'azienda anche senza autorizzazione, salvo che non si verifichino gli effetti protettivi per l'acquirente della purgazione dei debiti pregressi, il che rende tale soluzione puramente teorica. Nel concordato semplificato invece la cessione s'inserisce nella fase liquidatoria, di esecuzione del concordato, e può, eccezionalmente, essere anticipata prima dell'omologazione se così prevede il piano. In entrambi i casi occorre che sia verificato che non vi sono soluzioni migliori sul mercato e dunque la vendita deve avvenire nel rispetto del principio di competitività.

La proposta di Direttiva della Commissione UE: il *pre-pack*

Dall'esame complessivo della normativa che abbiamo sin qui condotto, sulla quale si soffermeranno nei suoi vari aspetti i saggi che compongono questo numero monografico della *Rivista*, si ricava che nella disciplina del trasferimento dell'azienda o

di un ramo di essa e della vendita di beni in blocco, il legislatore ha previsto per il concordato preventivo norme particolarmente rigorose nel determinare le condizioni della vendita e garantirne la trasparenza e la competitività. È approdato invece nel concordato semplificato, e nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione a soluzioni più elastiche, anche se i principi generali previsti in sede di liquidazione giudiziale sono sostanzialmente rispettati.

Questo rigore va confrontato con gli orientamenti che stanno emergendo in molti ordinamenti, non soltanto anglosassoni, che guardano con favore alle procedure c.d. *pre-pack*.

Le procedure *pre-pack* sono caratterizzate dalla pianificazione della ristrutturazione prima dell'apertura della procedura, dal supporto di finanziatori esterni all'impresa che sovente intervengono nel capitale e garantiscono finanzia nuova per consentire nelle more la prosecuzione dell'attività, dalla previsione non indispensabile, ma normalmente ricorrente, dell'acquisto dell'attività a condizioni date da parte di un soggetto terzo.

La pianificazione della ristrutturazione prima dell'apertura della procedura e la preventiva individuazione dell'acquirente dell'azienda in continuità consentono che la procedura, una volta aperta, si svolga in tempi molto brevi con due vantaggi. Da un lato i creditori vengono soddisfatti rapidamente, dall'altro l'acquirente può contare su tempi certi e non è esposto alle lungaggini processuali, mentre l'avviamento dell'azienda non è disperso. Tuttavia il *pre-pack* rappresenta un rischio per i creditori perché la vendita ad un soggetto predeterminato al di fuori delle regole previste per la liquidazione in sede concorsuale comporta il pericolo che non si realizzi il giusto prezzo e vengano trascurate altre offerte più vantaggiose. Il *pre-pack* tutela i creditori privilegiati che, grazie alla collocazione preferenziale in sede di riparto, più facilmente possono essere soddisfatti anche quando non viene assicurato il massimo realizzo, che è invece nell'interesse dei creditori chirografari.

In questo senso sono particolarmente interessanti oggi le procedure previste in Spagna (27) e in Olanda,

(26) Sui criteri cui in concreto deve determinarsi il tribunale si veda Trib. Parma 4 novembre 2022, in *Dirittodellacrisi*, 2022. Si veda anche L. Panzani, *La composizione negoziata dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2022*, *ivi*, 19 aprile 2022.

(27) Significativo è l'esempio della Spagna, dove il *pre-pack* era utilizzato già prima della previsione espressa di una norma di legge. Si veda in proposito il Protocollo 21 Gennaio 2021 del Tribunale di Barcellona, in *Bollettino dell'Osservatorio Internazionale sull'insolvenza del CNDCEC*, marzo 2021, n. 3, 44. La Spagna

ha introdotto il *pre-pack* con l'art. 224 *bis* della *Ley Concursal* modificata dalla legge 5 settembre 2022, n. 16, rubricato *Solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas*. Si veda il testo in *Bollettino*, cit., 7, 2022.

Per una più ampia rassegna sul ricorso al *pre-pack* si veda A. Gurrea-Martinez, *The Rise of Pre-Packs as a Restructuring Tool: Theory, Evidence and Policy*, *European Business Organization Law Review*, 9 novembre 2022. Cfr. anche G. Cabras, *L'impresa al tempo della crisi, davanti alla legge*, Padova, 2017, 170 ss.

La liquidazione dei beni nel CCII

e soprattutto quella delineata dalla Proposta di Direttiva sull'armonizzazione di alcuni aspetti della disciplina liquidatoria, approvata dalla Commissione UE il 7 dicembre 2022 (28).

Tale proposta coniuga l'esigenza di arrivare in tempi brevi alla cessione dell'azienda con il rispetto delle fondamentali regole di trasparenza, pubblicità, competitività e previa stima.

Nella Proposta di Direttiva la Commissione UE propone una disciplina del *pre-pack* che intende salvaguardare gli interessi dei creditori, almeno nei limiti di quanto essi avrebbero diritto di ottenere in caso di liquidazione *piecemeal*, assicurando che alla vendita si giunga attraverso una gara tra i potenziali offerenti. A tal scopo si prevede una vera e propria procedura di *pre-pack* divisa in una prima fase preparatoria ed una seconda fase liquidatoria (29).

La prima fase prevede la nomina su istanza del debitore da parte del giudice competente di un *monitor*, di un controllore, che avrà i requisiti previsti per gli *insolvency practitioners*, cioè per i soggetti preposti alle procedure concorsuali in ogni Stato membro. Il *monitor* ha due compiti: raccomandare il miglior offerente come acquirente *pre-pack*, all'esito di una procedura di vendita competitiva, trasparente, equa e rispettosa degli standard di mercato. Si precisa peraltro che i criteri per scegliere la offerta migliore debbano essere gli stessi adottati nelle procedure concorsuali liquidatorie, in Italia nella liquidazione giudiziale e quindi, con riferimento al nostro sistema, il miglior prezzo a parità delle altre condizioni di vendita.

La fase preparatoria in caso di probabilità di insolvenza o di insolvenza vera e propria può accompagnarsi alla sospensione delle azioni esecutive secondo le regole dettate dagli artt. 6 e 7 della Direttiva *Insolvency*, quando essa facilita lo svolgimento della procedura. Se la fase preparatoria produce un'unica offerta, nel rispetto delle regole per mettere tutti i potenziali offerenti in condizione di partecipare, essa sarà considerata corrispondente al prezzo di mercato. Gli Stati membri hanno la scelta tra prevedere alti standard di competitività, trasparenza e *fairness* nell'individuazione del miglior offerente nella fase preparatoria e stabilire che la vendita si effettui nella fase liquidatoria tramite l'asta pubblica. In questo secondo caso l'intero procedimento non può durare più di sei settimane.

Nella prima ipotesi il *monitor* deve applicare le regole normalmente seguite nei procedimenti di M&A che comprendono l'invito ai soggetti potenzialmente interessati ad offrire, mettendo a disposizione di ogni possibile offerente le medesime informazioni, la possibilità di procedere alla *due diligence*, ricevendo le offerte tramite un procedimento strutturato.

Per evitare che il concorso tra gli offerenti possa essere falsato, la Proposta prevede che il *monitor* non possa concedere diritti di prelazione e che eventuali prelazioni già esistenti prima dell'avvio del *pre-pack* non possano essere fatte valere durante il suo svolgimento.

Nel caso invece che si opti per la vendita nel corso della fase liquidatoria l'offerta selezionata dal *monitor* nella fase preparatoria servirà come base d'asta, secondo il sistema, molto usato negli Stati Uniti, dello *stalking horse bid*. L'espressione *stalking horse*, da intendersi ovviamente in senso figurato, indicava in origine un cacciatore che cercava di nascondersi dietro un "cavallo da caccia", vero o finto. Nella sostanza si tratta di selezionare l'offerta base da parte di un acquirente che accetta di far da "lepre", in modo che la sua offerta possa costituire la base d'asta per la gara successiva. Si tratta di un metodo frequentemente utilizzato nelle procedure di Chapter 11 americane e canadesi.

Lo *stalking horse bidder*, l'offerente, potrà essere indennizzato dei costi sostenuti, ma senza che in questo modo gli altri potenziali offerenti possano essere scoraggiati dal partecipare alla vendita all'incanto.

La Proposta suggerisce un sistema che ha qualche tratto in comune con le esperienze internazionali che abbiamo menzionato ed anche con il meccanismo delle offerte concorrenti disciplinato dal Codice della crisi, ma si distingue da quest'ultimo perché rimette al *monitor* nel corso della fase preparatoria l'individuazione delle condizioni della vendita, secondo i meccanismi ordinariamente seguiti nelle trattative negoziali per le cessioni d'azienda, evitando così che possano confrontarsi offerte con contenuto diverso. La soluzione di tale problema nel sistema italiano delle offerte concorrenti viene rimessa al tribunale, che quando, pervenute altre offerte, dispone con decreto le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, ai sensi dell'art. 91 CCII, deve assicurare che ne sia in ogni caso assicurata la

(28) European Commission, *Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law*, 2022/0408 (COD), SEC(2022) 434 final - {SWD(2022) 395 final} - {SWD(2022) 396 final}.

(29) Sul tema più ampiamente L. Panzani, *Osservazioni ragionate sulla proposta di una nuova direttiva di armonizzazione delle*

leggi sull'insolvenza, in *Dirittodellacrisi*, 2023, 7. Cfr. anche P. De Cesari, *La Proposta di direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell'insolvenza, riflessi sul Codice della crisi*, in questa *Rivista*, 2023, 582.

La liquidazione dei beni nel CCII

comparabilità. In tal modo al tribunale è rimesso un potere-dovere di conformazione della base della gara, che può portare a condizioni diverse da quelle che erano alla base della prima proposta. Quest'approccio condiziona lo svolgimento della gara, mentre il primo offerente nel caso in cui, indetta la gara, non vengano presentate offerte, rimane vincolato alla proposta originariamente presentata. Tutto ciò rende il procedimento poco appetibile.

È evidente, nella previsione della Proposta, la delicatezza delle funzioni attribuite al monitor che deve applicare le regole normalmente seguite per la ricerca degli offerenti nelle operazioni di M&A, ivi compreso il rispetto della parità di condizioni tra gli offerenti e la possibilità di *due diligence*, il tutto nell'ambito di un procedimento strutturato. Per tale ragione sia il *monitor* sia l'*insolvency practitioner*, il commissario giudiziale nel linguaggio italiano, sono responsabili per i danni che possono causare ai creditori ed ai terzi nel caso in cui non adempiano correttamente alle loro obbligazioni.

Va sottolineato che la Proposta di Direttiva considera espressamente la fase liquidatoria una procedura di insolvenza secondo il Reg. 2015/848 in materia di insolvenza transfrontaliera, con la conseguenza che la sua apertura può far stato in tutto il territorio dell'Unione ed impedire l'apertura di un'altra procedura liquidatoria o di ristrutturazione, fatti salvi ovviamente i rapporti tra procedura principale e procedura secondaria. Va poi aggiunto che il *monitor* che viene nominato nella fase preliminare è considerato un amministratore di procedura di insolvenza o *insolvency practitioner* ai fini del Regolamento.

È poi estremamente importante la previsione che la fase liquidatoria della procedura di *pre-pack* sia considerata come un'ipotesi di liquidazione ai sensi dell'art. 5, par.1, Dir. 2001/23/EC con la conseguenza che non trova applicazione la regola generale stabilita da quest'ultima Direttiva per cui la cessione d'azienda non consente di per sé stessa deroga alla prosecuzione dei contratti di lavoro con il cessionario (30). La Commissione UE ha fatto in questo caso applicazione dei criteri stabiliti dalla Corte di Giustizia con la sentenza Heiploeg (31). Si tratta, com'è noto, di una decisione resa in una vicenda relativa ad

una procedura di *pre-pack* aperta in Olanda, a dire il vero con caratteristiche peculiari. La Corte di giustizia ha stabilito che la procedura di *pre-pack* e la procedura concorsuale liquidatoria ordinaria, presa in considerazione dall'art. 5, Dir. 2001/23/EC, sono entrambe finalizzate alla liquidazione dell'impresa. Di conseguenza la tutela dei lavoratori dal licenziamento prevista in via generale dalla norma quando non si sia aperta la procedura liquidatoria, non può trovare applicazione anche nel caso di *pre-pack*. Secondo la Corte a tal fine occorre che: a) il *pre-pack* sia finalizzato a soddisfare i creditori concorrenti nella maggior misura possibile; b) miri a mantenere il più possibile l'occupazione; c) sia disciplinato da disposizioni di legge o regolamentari, al fine di soddisfare il requisito della certezza del diritto.

Alla luce dei principi affermati dalla Corte di Giustizia, se il procedimento seguito tutela l'occupazione nella misura massima possibile compatibile con la prosecuzione dell'attività da parte dell'acquirente, non vi sono ragioni per prevedere ulteriori vincoli, che precludono nei fatti la continuità e tutelano solo apparentemente i lavoratori.

La durata delle procedure di vendita

I tempi della vendita vengono in considerazione sotto due profili. Da un lato il protrarsi delle operazioni di liquidazione dei beni rappresenta il permanere di un vincolo di carattere processuale sul patrimonio del debitore, che incide sul diritto alla ragionevole durata del processo, principio generale che riguarda certamente anche il procedimento esecutivo e le procedure concorsuali in generale. Dall'altro questo stesso fenomeno è indice della scarsa efficienza del procedimento esecutivo, che va a danno dei creditori, che vedono protrarsi il momento della soddisfazione dei loro crediti, e dello stesso debitore (32).

L'art. 2, comma 2-bis, L. n. 89/2001 (Legge Pinto) stabilisce che si considera violato il principio di ragionevole durata del processo quando il procedimento di esecuzione forzata individuale si conclude in più di tre anni e la procedura concorsuale in più di sei.

(30) La Proposta di Direttiva prevede una soluzione molto meno rigorosa di quella adottata dal legislatore italiano con l'art. 368 CCII. Come si è già ricordato, la norma modifica l'art. 47, L. n. 428/1990 riducendo le possibilità di deroga al principio sancito dall'art. 2112 c.c. per cui i rapporti di lavoro proseguono con il cessionario dell'azienda. Sul tema si vedano le osservazioni di R. Bellè, *Il trasferimento di azienda e i rapporti di lavoro*, e di A. Patti, *L'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale*, cit.

(31) CGUE 28 aprile 2022, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* contro *Heiploeg Seafood International BV* e *Heitrans International BV*, ECLI:EU:C:2022:321.

(32) Sulla durata delle procedure si veda Banca D'Italia, *Le caratteristiche e la durata dei fallimenti e dei concordati preventivi*, in *Dirittodellacrisi*, 7 agosto 2023; Cerved, *La durata dei fallimenti e gli impatti sul mercato degli Npl*, ivi, 31 ottobre 2022.

La liquidazione dei beni nel CCII

La violazione di questi termini dà diritto al soggetto danneggiato a richiedere il riconoscimento dell'equo indennizzo. Tuttavia il legislatore nell'art. 213, comma 5, CCII dispone che entro otto mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale deve aver luogo il primo esperimento di vendita dei beni, salvo diverso provvedimento del giudice delegato (33). Il termine di completamento della liquidazione non può eccedere i cinque anni dall'apertura della procedura, termine che nei casi di particolare complessità il giudice delegato può differire sino a sette anni. Ai sensi del comma 9 se il curatore ha rispettato i termini, non si tiene conto del tempo necessario per il completamento della liquidazione nel calcolo della ragionevole durata del procedimento ai fini dell'eventuale risarcimento *ex Legge Pinto*.

La disposizione può aver senso, soprattutto quando il tempo della liquidazione è condizionato dalla difficoltà di vendita dei beni, che non trovano acquirente. L'eventuale liceità del superamento della durata complessiva massima di sei anni della procedura di liquidazione giudiziale, prevista dalla legge Pinto, rimane tuttavia incerta. Com'è noto, il principio di ragionevole durata del processo ha carattere sovranazionale ed è ormai costituzionalizzato. Si tratta peraltro di tema che esula dalla nostra indagine.

È invece opportuno sottolineare che il legislatore ha mostrato di comprendere che il rimedio all'eccessiva durata di questi procedimenti deve passare per altra via, accelerando i tempi di definizione.

Un primo intervento del legislatore riguarda la stima dei beni, che rappresenta una garanzia dell'attuazione dei principi di trasparenza e competitività delle vendite. L'art. 216 CCII stabilisce infatti che la relazione di stima deve essere depositata con modalità telematiche, in conformità a modelli informatici pubblicati sul portale delle vendite pubbliche. Inoltre la relazione di stima deve contenere tutti gli elementi indicati dall'art. 173-bis disp. att. c.p.c. Ne deriva un'esauritiva informazione sul bene oggetto di vendita, con la conseguenza positiva di ampliare, almeno potenzialmente, la platea dei possibili offerenti.

Il compenso dell'esperto stimatore è liquidato a norma dell'art. 161, comma 3, disp. att. c.p.c. e quindi

avuto riguardo al prezzo di aggiudicazione e non al valore stimato. Ciò contrasta in modo efficace la tendenza a valutazioni eccessivamente elevate, giustificate dal solo fine di ottenere un maggior compenso, causa esse stesse di ritardi nella vendita perché ad esse seguono basi d'asta irrealistiche.

L'art. 216, comma 2, CCII stabilisce inoltre che per i beni immobili il curatore pone in essere almeno tre esperimenti di vendita all'anno. Dopo il terzo esperimento andato deserto il prezzo può essere ribassato sino alla metà di quello dell'ultimo esperimento di vendita.

Va ricordato che l'art. 213, comma 2, ultima parte, CCII detta una presunzione di manifesta non convenienza della prosecuzione degli esperimenti di vendita dopo il sesto esperimento cui non abbia fatto seguito l'aggiudicazione, salvo che il giudice delegato non autorizzi il curatore a continuare l'attività liquidatoria, in presenza di giustificati motivi. La disposizione ricalca il dettato dell'art. 164-bis disp. att. c.p.c. in materia di definizione della procedura esecutiva per infruttuosità, anche se la norma del codice di rito non stabilisce il numero di esperimenti di vendita infruttuosi prima della chiusura del procedimento esecutivo.

Inoltre è previsto che il giudice delegato ordini la liberazione dei beni immobili occupati dal debitore o da terzi in forza di titolo non opponibile al curatore. Il provvedimento è attuato dal curatore secondo le disposizioni del giudice delegato, senza l'osservanza di formalità diverse da quelle stabilite dal giudice, anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento nell'interesse dell'aggiudicatario se questi non lo esenta.

L'unica eccezione a questo principio è stabilita dall'art. 147, comma 2, CCII che dispone che la casa della quale il debitore è proprietario o può godere in quanto titolare di altro diritto reale, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione di lui e della famiglia, non può essere distratta da tale uso fino alla sua liquidazione. Si tratta peraltro di una disciplina che non si discosta da quanto stabilito dall'art. 560 c.p.c. per il debitore esecutato ed i suoi familiari conviventi.

(33) Sul tema si veda G. Bozza, *Le vendite nella liquidazione giudiziale*, cit.